



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 30/02

Verkündet am:
4. Dezember 2003
F r e i t a g
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

DDR-KomVerf § 45 Abs. 2

BGB §§ 681 Satz 2, 667; 179 Abs. 1

- a) Zur Haftung einer Gemeinde nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag, wenn sie ein Rechtsgeschäft - hier: Schuldbeitritt und treuhänderische Verwahrung eines Schecks - abschließt, das mangels der erforderlichen kommunalaufsichtlichen Genehmigung (schwebend) unwirksam ist.

- b) Für ein solches Rechtsgeschäft kommt im Fall, daß die Kommunalaufsicht die Genehmigung verweigert, eine persönliche Haftung des für Gemeinde handelnden Bürgermeisters unter dem Gesichtspunkt der Vertretung ohne Vertretungsmacht nicht in Betracht.

BGH, Urteil vom 4. Dezember 2003 - III ZR 30/02 - OLG Rostock

LG Stralsund

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Dezember 2003 durch die Richter Dr. Wurm, Schlick, Dr. Kapsa, Dörr und Galke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Oberlandesgerichts Rostock - 5. Zivilsenat - vom 12. Dezember 2001 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Vermögensverwaltungsgesellschaft H. -J. R. Sch. GmbH & Co. KG (im folgenden VVG) errichtete in dem Gebiet der zweitbeklagten Gemeinde ein Wohn- und Pflegeheim für Senioren. In diesem Zusammenhang beauftragte sie die damals in Gründung befindliche P. Erschließungs-, Ver- und Entsorgungsgesellschaft mbH (im folgenden PEVEG) mit Vertrag vom 13. Juni 1993, das betreffende Grundstück zu erschließen. Für diese Leistung versprach die VVG der PEVEG eine Vergütung in Höhe von 777.000 DM zu-

züglich Umsatzsteuer. Die Beklagte zu 2 stimmte dem Erschließungsvertrag am 21. Juni 1993 zu.

Am 1. Juli 1993 einigten sich die VVG, die PEVEG und die Klägerin, die Komplementärin der VVG, auf ein Ergänzungsprotokoll zum Erschließungsvertrag vom 13. Juni 1993. Darin hieß es unter anderem, die VVG sei berechtigt, die Rechte und Pflichten aus dem Erschließungsvertrag auf die Klägerin zu übertragen.

Am 1. September 1993 vereinbarten die VVG, die PEVEG und die Beklagte zu 2, vertreten durch die Beklagte zu 1, ihre damalige Bürgermeisterin, einen "2. Nachtrag zum Erschließungsvertrag". Dort war bestimmt, die Beklagte zu 2 trete dem Erschließungsvertrag vom 13. Juni 1993/21. Juni 1993 und dem Ergänzungsprotokoll vom 1. Juli 1993 auf seiten der PEVEG bei. Ferner übernahm die Beklagte zu 2 gegenüber der VVG und der Klägerin die "Verpflichtung und Haftung", daß die Bauarbeiten an dem Seniorenheim ab dem 30. September 1993 nicht mehr durch Erschließungsarbeiten behindert und die Erschließungsarbeiten bis zum 1. Januar 1994 so abgeschlossen sein würden, daß ein Betrieb des Seniorenheims ohne erhebliche Einschränkungen möglich sei. Weiter lautete der zweite Nachtrag:

"Die VVG bzw. W. <= Klägerin> erfüllen sofort ihre Zahlungsverpflichtung bis zum 30.08.1993 gegenüber der PEVEG. Alle darüber hinaus noch ausstehenden Kosten aufgrund des Erschließungsvertrages zahlt die VVG bzw. W. mit schuldbefreiender Wirkung an die Gemeinde P. <= Beklagte zu 2>. Die Gemeinde P. zahlt dann entsprechend nach Baufortschritt die entsprechenden Beträge an die PEVEG."

Die Beklagten unterrichteten weder die VVG noch die Klägerin, daß diese Vereinbarung, um wirksam zu werden, der Genehmigung durch die Kommunalaufsicht bedurfte.

In Vollzug des zweiten Nachtrages übersandte die Klägerin der Beklagten zu 2 zwei von ihr ausgestellte Orderschecks über je 167.540,62 DM als vierte Rate für September 1993 und fünfte Rate für Oktober 1993 sowie einen weiteren Scheck über 89.355 DM für die Schlußzahlungsrate (Schreiben der Klägerin an die Beklagte zu 2 vom 10. September 1993). Weil die Erschließungsarbeiten dann aber nicht so vorangingen, wie es die VVG und die Klägerin erwarteten, untersagten sie der Beklagten zu 2 mit Anwaltsschreiben vom 28. Oktober 1993 die Weiterleitung der Schecks für die Oktober- und die Schlußzahlungsrate. In einem weiteren Anwaltsschreiben vom 25. November 1993 erklärten sie, die Schecks könnten nicht zugunsten der PEVEG freigegeben werden, und baten die Beklagte zu 2 zu bestätigen, daß sie die Schecks so lange verwahren werde, bis die Freigabe erfolgt sei. Die Beklagte zu 2, vertreten durch die Beklagte zu 1, sagte daraufhin mit Schreiben vom 30. November 1993 zu, daß die Schecks erst nach Freigabe durch die Klägerin oder deren Anwälte weitergereicht würden.

Anfang Dezember 1993 übergab die Beklagte zu 1 der PEVEG den Orderscheck für die Oktoberrate, ohne daß die Klägerin oder deren Anwälte das gestattet hätten. Die PEVEG löste den Scheck ein; sie befindet sich mittlerweile in Liquidation.

Der Landrat des Landkreises N. versagte mit Bescheid vom 21. November 1994 die kommunalaufsichtliche Genehmigung für den zweiten Nachtrag vom 1. September 1993.

Die Klägerin macht geltend, die Beklagte zu 2, vertreten durch die Beklagte zu 1, habe den ihr treuhänderisch überlassenen Scheck nicht an die PEVEG weitergeben dürfen. Die PEVEG habe den Scheck eingezogen, ohne entsprechende Erschließungsleistungen erbracht zu haben. Die Klägerin beansprucht von den Beklagten - aus eigenem wie aus abgetretenem Recht der VVG - Ersatz des Scheckbetrages in Höhe von 167.540,62 DM nebst Zinsen.

Nachdem die PEVEG insolvent geworden war, übernahm das Amt A. die weitere Erschließung; es forderte von der C. Immobilien GmbH Objekt P. & Co. Betriebs KG (im folgenden C.), die inzwischen das Seniorenheim von der Klägerin erworben hatte, einen Erschließungsbeitrag. Die Klägerin besorgt, ihrerseits von C. auf Erstattung des Erschließungsbeitrages in Anspruch genommen zu werden. Sie begehrt deswegen hilfsweise Freistellung gegenüber den Ansprüchen von C. .

Landgericht und Berufungsgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin das Zahlungsbegehren nebst Hilfsantrag weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Vertragliche Ansprüche stünden der Klägerin nicht zu. Der zwischen der VVG und der Beklagten zu 2 geschlossene zweite Nachtrag vom 1. September 1993 zum Erschließungsvertrag vom 13. Juni 1993 sei nicht wirksam geworden, weil die kommunalaufsichtliche Genehmigung versagt worden sei. Die Erklärung der Beklagten zu 2 in dem Schreiben vom 30. November 1993, die Schecks erst nach Freigabe durch die Klägerin oder deren Anwälte an die PEVEG weiterreichen zu wollen, enthalte keine eigenständige Verpflichtung; sie sei ebenso wie der zweite Nachtrag nicht wirksam geworden.

Amtshaftung (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) der Beklagten zu 2 scheidet aus, weil diese bei dem Abschluß des zweiten Nachtrages, bei der Bestätigung vom 30. November 1993 und bei der Übergabe des Schecks an die PEVEG nicht hoheitlich gehandelt habe.

Ansprüche gemäß § 823 Abs. 1 BGB scheiterten daran, daß kein absolut geschütztes Recht verletzt worden sei. Bezüglich der §§ 823 Abs. 2 (i.V.m. §§ 246, 266 StGB), 826 BGB seien die subjektiven Tatbestandsmerkmale nicht gegeben.

Jedenfalls fehle es an einer wirtschaftlichen Schlechterstellung als Voraussetzung eines vertraglichen, deliktischen oder bereicherungsrechtlichen Anspruchs. Die Klägerin habe nicht dargetan, daß dem Wert des an die

PEVEG weitergereichten Schecks keine entsprechenden Erschließungsleistungen der PEVEG gegenübergestanden hätten.

II.

Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Prüfung in entscheidenden Punkten nicht stand.

1. Das Berufungsgericht hat allerdings einen Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagte zu 2 wegen Verletzung einer ihr nach dem zweiten Nachtrag obliegenden vertraglichen Pflicht zutreffend verneint.

a) Ein solcher Schadensersatzanspruch scheidet nicht daran, daß die Klägerin nicht Vertragspartei des zweiten Nachtrages war. Der zwischen der VVG, der PEVEG und der Beklagten zu 2 vereinbarte zweite Nachtrag kann als Vertrag zugunsten der Klägerin als Dritter aufgefaßt werden, weil sie dort mit der - vertragsschließenden - VVG in eins gesetzt worden ist ("VVG und W. " "VVG bzw. W. "). Das spricht für eine unmittelbare Anspruchsbe-
rechtigung der Klägerin (§ 328 Abs. 1 BGB). Jedenfalls hätte sie aufgrund der Abtretung vom 10. April 1995 die Schadensersatzansprüche der VVG erlangt.

b) Die Beklagte zu 2 schuldet keinen Schadensersatz wegen Verletzung vertraglicher Pflichten aus dem zweiten Nachtrag, weil diese Vereinbarung mangels kommunalaufsichtlicher Genehmigung nicht wirksam geworden ist.

aa) § 45 Abs. 2 Satz 1 des - 1993 in Mecklenburg-Vorpommern noch geltenden - Gesetzes über die Selbstverwaltung der Gemeinden und Landkreise in der DDR (Kommunalverfassung) vom 17. Mai 1990 (GBl. DDR I S. 255,

DDR-KomVerf) bestimmt, daß die Gemeinde Bürgschaften und Verpflichtungen aus Gewährverträgen nur zur Erfüllung ihrer Aufgaben übernehmen darf. Die Rechtsgeschäfte bedürfen der Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde, soweit sie nicht im Rahmen der laufenden Verwaltung abgeschlossen werden (§ 45 Abs. 2 Satz 2 DDR-KomVerf). Die Vorschrift gilt sinngemäß für Rechtsgeschäfte, die den in § 45 Abs. 2 DDR-KomVerf genannten Rechtsgeschäften wirtschaftlich gleichkommen, insbesondere für die Zustimmung zu Rechtsgeschäften Dritter, aus denen der Gemeinde in künftigen Haushaltsjahren Verpflichtungen zur Leistung von Ausgaben erwachsen können (§ 45 Abs. 3 DDR-KomVerf).

bb) Der zweite Nachtrag vom 1. September 1993 war ein nach § 45 Abs. 2 DDR-KomVerf genehmigungsbedürftiges Rechtsgeschäft. Es handelte sich um einen Gewährvertrag im Sinne des § 45 Abs. 2 Satz 1 DDR-KomVerf, d.h. um eine Verpflichtung der Gemeinde, für einen bestimmten Erfolg oder die bestimmte Verpflichtung eines anderen einzustehen (vgl. Schmidt-Eichstaedt/Petzold/Melzer/Penig/Plate/Richter, DDR-KomVerf 1990 § 45 Anm. 3; Deiters/Schörken in Darsow/Gentner/Glaser/Meyer, Kommunalverfassung Mecklenburg-Vorpommern 2. Aufl. 1999 § 58 Anm. 1). Denn nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hatte die Beklagte zu 2 in dem zweiten Nachtrag gegenüber der VVG die Haftung für die Erfüllung des Erschließungsvertrages vom 13. Juni 1993 durch die PEVEG übernommen.

Die Revision will demgegenüber allein auf die im zweiten Nachtrag weiter vorgesehene Verpflichtung der Beklagten zu 2 abstellen, den von "VVG bzw. W. " per Scheck an sie gezahlten Werklohn "entsprechend nach Baufortschritt <in> ... entsprechenden Beträge<n> an die PEVEG" zu zahlen. Diese

treuhänderische Verpflichtung habe nicht dem Genehmigungserfordernis unterlegen und deshalb wirksam vereinbart werden können.

Der Auffassung der Revision ist nicht beizutreten.

Zum einen dürfte die vorgenannte treuhänderische Verpflichtung der Beklagten zu 2 einem Gewährvertrag wirtschaftlich gleichkommen und daher - auch für sich genommen - nach § 45 Abs. 3 DDR-KomVerf genehmigungspflichtig sein. Denn die Beklagte zu 2 sollte als "neutrale Zahlstelle" sicherstellen, daß die PEVEG den von der VVG zu zahlenden Werklohn nur Zug um Zug gegen entsprechende Erschließungsleistungen erhielt. Im Fall einer schuldhaften Verletzung dieser Verpflichtung haftete die Beklagte zu 2 der VVG auf Schadensersatz.

Zum anderen ist der zweite Nachtrag als einheitliches Rechtsgeschäft anzusehen, das wegen der - von der Revision nicht bezweifelten - Gewährübernahme für die Vertragserfüllung durch die PEVEG insgesamt genehmigungsbedürftig und damit schwebend unwirksam war (vgl. § 139 BGB). Es ist nicht davon auszugehen, daß die vertragsschließenden Parteien den zweiten Nachtrag auch nur als Treuhandabrede - ohne die rechtlich und wirtschaftlich viel bedeutendere Übernahme sämtlicher Verpflichtungen der PEVEG aus dem Erschließungsvertrag vom 13. Juni 1993 durch die Beklagte zu 2, insbesondere die Übernahme der "Verpflichtung und Haftung gegenüber VVG und W. " für die termingerechte Erledigung der Erschließung durch die PEVEG - vereinbart hätten. Sie haben ihren Einheitlichkeitswillen vielmehr dadurch bezeugt, daß sie die Regelungen in einer Urkunde niedergelegt haben (vgl. BGHZ 54, 71, 72). Gegenteilige Feststellungen hat das Berufungsgericht nicht getroffen;

insoweit übergangener Parteivortrag wird von der Revision nicht nachgewiesen.

cc) Der zweite Nachtrag war nicht deshalb genehmigungsfrei, weil er im Rahmen der laufenden Verwaltung abgeschlossen worden wäre (§ 45 Abs. 2 Satz 2 a.E. DDR-KomVerf).

Ein Rechtsgeschäft der laufenden Verwaltung liegt vor, wenn es in mehr oder weniger regelmäßiger Wiederkehr vorkommt und zugleich nach Größe, Umfang der Verwaltungstätigkeit und Finanzkraft der beteiligten Gemeinde von sachlich weniger erheblicher Bedeutung ist (vgl. Senatsurteile BGHZ 92, 164, 173 f, vom 16. November 1978 - III ZR 81/77 - NJW 1980, 117 und vom 6. Juli 1995 - III ZR 176/94 - NJW 1995, 3389, 3390). Davon kann nach dem festgestellten Sachverhalt nicht ausgegangen werden. Der zweite Nachtrag betraf - außer dem mit der Gewähr für die Vertragserfüllung durch die PEVEG verbundenen erheblichen Risiko - die treuhänderische Abwicklung von Zahlungen für Erschließungsarbeiten im Wert von ca. 420.000 DM durch eine Gemeinde in Nordvorpommern. Demgegenüber fällt nicht ins Gewicht, daß die Erledigung des Treuhandauftrages für die Beklagte zu 2 keinen erheblichen Verwaltungsaufwand mit sich brachte, wie die Revision vorbringt.

dd) Das Genehmigungserfordernis entfiel nicht mit dem Inkrafttreten der Kommunalverfassung für das Land Mecklenburg-Vorpommern vom 18. Februar 1994 (GVOBl. S. 249), die an die Stelle des Gesetzes über die Selbstverwaltung der Gemeinden und Landkreise in der DDR (Kommunalverfassung) vom 17. Mai 1990 trat. § 58 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 und 2 der Kommunalverfassung für das Land Mecklenburg-Vorpommern vom 18. Februar 1994 trifft

eine § 45 Abs. 2 und 3 DDR-KomVerf im wesentlichen entsprechende Regelung.

ee) Das Fehlen der nach § 45 Abs. 2 Satz 2 DDR-KomVerf erforderlichen Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde führt dazu, daß das betreffende Rechtsgeschäft bis zur Erteilung der Genehmigung schwebend unwirksam ist (BGHZ 142, 51, 53); mit der Versagung der Genehmigung wird es endgültig unwirksam (vgl. BGH, Urteil vom 15. Oktober 1992 - IX ZR 43/92 - NJW 1993, 648, 650). Der - nicht genehmigte - zweite Nachtrag vom 1. September 1993 konnte mithin keine vertraglichen Pflichten für die Beklagte zu 2 begründen.

2. Entsprechendes gilt für die dem zweiten Nachtrag folgenden Absprachen zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2, insbesondere für die Erklärung der Beklagten zu 2 in dem Schreiben vom 30. November 1992. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts handelte es sich um Verpflichtungen ohne eigenständige Bedeutung, die das Schicksal des zweiten Nachtrages teilten, also ebenfalls schwebend unwirksam waren. Auch aus ihnen kann die Klägerin folglich nichts herleiten.

3. Das Berufungsgericht hat indes nicht berücksichtigt, daß nach dem für die revisionsrechtliche Prüfung maßgeblichen Sachverhalt ein - auf die Klägerin übergegangener - Schadensersatzanspruch der VVG gegen die Beklagte zu 2 wegen Nichterfüllung (§ 280 Abs. 1 BGB a.F.) eines Herausgabeanspruches nach den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 681 Satz 2, 667 BGB) nicht verneint werden kann.

a) In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, daß im Falle der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten auf die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag zurückgegriffen werden kann. Der Umstand, daß sich der Geschäftsführer zur Leistung verpflichtet hat bzw. für verpflichtet hält, steht dem nicht entgegen (Senatsurteil vom 10. Oktober 1996 - III ZR 205/95 - NJW 1997, 47, 48 m.w.N.). Entsprechendes muß gelten, wenn - wie im Streitfall - das Rechtsgeschäft infolge einer fehlenden behördlichen Genehmigung zunächst schwebend unwirksam, nach Versagung der Genehmigung endgültig unwirksam ist.

b) Die Beklagte zu 2 erledigte auftragslos (§ 677 BGB) ein Geschäft der VVG, indem sie die - von der Klägerin für die VVG geleisteten - Scheckzahlungen entgegennahm und an die PEVEG weiterleitete zum Ausgleich von deren (angeblicher) Vergütungsforderung gegen die VVG.

c) Als Geschäftsführerin ohne Auftrag war die Beklagte zu 2 gegenüber der VVG verpflichtet, alles, was sie zur Ausführung der Geschäftsführung erhalten hatte, herauszugeben (§§ 681 Satz 2, 667 Alt. 1 BGB).

Zu den Gegenständen, die der Beauftragte - entsprechendes gilt für den Geschäftsführer ohne Auftrag - zur Ausführung des Auftrags erhalten hat, gehören nicht nur solche, die von vornherein dafür vorgesehen sind, in Natur zurückgegeben zu werden, sondern auch diejenigen (insbesondere Geld-)Mittel, die dafür bestimmt sind, in Ausführung des Auftrages verbraucht zu werden. Sind diese Mittel beim Beauftragten noch vorhanden oder sind sie tatsächlich nicht zu dem vorgesehenen Zweck verwendet worden, muß er sie nach § 667

Alt. 1 BGB zurückgeben. Dabei trägt der Beauftragte die Beweislast dafür, daß ein ihm zur Ausführung des Auftrags zugewendeter Geldbetrag bestimmungsgemäß verwendet worden ist. Ist - wie hier - die der Zahlung zugrundeliegende (Treuhand-)Vereinbarung unwirksam, so ist, wenn der Geschäftsherr nach §§ 681 Satz 2, 667 Alt. 1 BGB bereits verbrauchtes Geld herausverlangt, die Frage, ob er die Weitergabe des Geldes gegen sich gelten lassen muß, nach Maßgabe eben dieser nichtigen Abreden zu beurteilen (vgl. Senatsurteil aaO).

Ob die VVG - und damit die Klägerin - die Weiterleitung des der Beklagten zu 2 für die fünfte Rate (Oktober 1993) überlassenen Schecks durch diese an die PEVEG als geschäftsführungsgemäß gegen sich gelten lassen muß, richtet sich somit nach dem - unwirksamen - zweiten Nachtrag in Verbindung mit den Schreiben vom 25. und 30. November 1993. Darin war verabredet, daß die Beklagte zu 2 die von "VVG bzw. W. " erhaltenen Schecks erst nach Freigabe durch die Klägerin oder deren Anwälte an die PEVEG weiterreichen sollte. Die Beklagte zu 2 verwandte den für die Oktoberrate empfangenen Scheck nicht entsprechend dieser Bestimmung. Sie hat ihn unstreitig an die PEVEG weitergegeben, ohne daß die Klägerin oder deren Anwälte die Freigabe erklärt hatten.

d) Die Beklagte zu 2 schuldet Schadensersatz, weil sie den nicht geschäftsführungsgemäß verwandten Scheck nicht herausgeben kann (§ 280 Abs. 1 BGB a.F.).

Der Schaden der VVG liegt darin, daß die Beklagte zu 2 den ihr - von der Klägerin für die VVG - überlassenen Scheck an die PEVEG weitergereicht und diese den Scheck sogleich eingezogen hat.

Soweit durch die Einlösung des Schecks eine entsprechende Verbindlichkeit der VVG aus dem mit der PEVEG geschlossenen Erschließungsvertrag getilgt worden wäre, handelte es sich um auf den Schaden anrechenbare Vorteile. Die Darlegungs- und Beweislast trägt insoweit der Ersatzpflichtige (vgl. BGHZ 94, 195, 217; BGH, Urteil vom 18. November 1999 - IX ZR 153/98 - NJW 2000, 734, 736). Somit hatte entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hier die Beklagte zu 2 darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, daß der PEVEG nach dem Stand der Erschließungsarbeiten gegen die VVG ein Werklohnanspruch in Höhe des Scheckbetrages zustand und durch die Einlösung des Schecks getilgt wurde. Das Berufungsgericht wird den Parteivortrag auf der Grundlage dieser Beweislastverteilung neu zu würdigen haben. In diesem Zusammenhang wird es auch der Rüge der Revision nachzugehen haben, nach dem Erschließungsvertrag seien die Raten vom jeweiligen Bautenstand abhängig und erst nach ordnungsgemäßer Rechnungslegung durch die PEVEG und Freigabevermerk durch das Ingenieurbüro A. & L. fällig gewesen.

4. Das Berufungsgericht hat weiter nicht berücksichtigt, daß sich die Klägerin auf einen übergegangenen Schadensersatzanspruch der VVG gegen die Beklagte zu 2 wegen Verschuldens bei Vertragsschluß stützen kann.

a) Körperschaften des öffentlichen Rechts können für ein Fehlverhalten ihrer Organe einer Haftung nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsschluß unterliegen (vgl. z.B. BGHZ <Senat> 92, 164, 175; 142, 51, 60 f, 63; BGH, Urteil vom 6. Juni 2000 - XI ZR 235/99 - WM 2000, 1840). Dementsprechend muß die zweitbeklagte Gemeinde für ein Fehlverhalten der Beklag-

ten zu 1 als ihrer damaligen Bürgermeisterin beim Abschluß des zweiten Nachtrages gemäß §§ 31, 89 BGB eintreten und kann auf Ersatz des Vertrauensinteresses in Anspruch genommen werden.

Die Beklagte zu 2, handelnd durch die Beklagte zu 1, erweckte fahrlässig bei der VVG das Vertrauen, sie habe im zweiten Nachtrag wirksam die Gewähr für die Erfüllung des Erschließungsvertrages durch die PEVEG übernommen und sich wirksam verpflichtet, die von der VVG an sie zu leistenden Zahlungen entsprechend dem Baufortschritt an die PEVEG weiterzuleiten. Denn sie unterzeichnete den zweiten Nachtrag ohne Hinweis auf die noch fehlende Genehmigung der Kommunalaufsicht. Sie hätte aber - besser als die VVG - die für sie geltenden Beschränkungen im Privatrechtsverkehr mit Dritten kennen müssen (vgl. BGHZ <Senat> aaO; 142, 51, 61). Obwohl sie damit hätte rechnen müssen, daß der zweite Nachtrag nicht mehr als Geschäft der laufenden Verwaltung angesehen werden und deshalb dem Genehmigungsvorbehalt des § 45 Abs. 2 Satz 2 DDR-KomVerf unterfallen könnte, hat sie weder die VVG noch die Klägerin bei Abschluß des zweiten Nachtrages und auch nicht in der Folgezeit - bei der Entgegennahme der Schecks oder bei der Bestätigung vom 30. November 1993, die Schecks würden erst nach Freigabe durch die Klägerin oder deren Bevollmächtigte an die PEVEG weitergegeben - über die Möglichkeit eines Genehmigungserfordernisses aufgeklärt.

b) Der Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens bei Vertragschluß ist auf den Ersatz des Vertrauensschadens gerichtet; er kann im konkreten Einzelfall das Erfüllungsinteresse erreichen, unter Umständen sogar übersteigen (BGHZ 142, 51, 62; BGH, Urteil vom 6. Juni 2000 aaO S. 1841 und vom 6. April 2001 - V ZR 394/99 - MDR 2001, 929, 930). Der - auf die Klä-

gerin übergegangene - Schadensersatzanspruch der VVG gegen die Beklagte zu 2 ging demnach dahin, im Wege des Schadensersatzes so gestellt zu werden, als ob die Beklagte zu 2 nicht das Vertrauen erweckt hätte, der zweite Nachtrag sei wirksam geschlossen.

Hätte die Beklagte zu 2 die VVG pflichtgemäß darauf hingewiesen, daß der zweite Nachtrag mangels kommunalaufsichtlicher Genehmigung noch (schwebend) unwirksam sei, hätte letztere keine Scheckzahlungen an die Beklagte zu 2 geleistet. Der VVG ist demnach, was das Berufungsgericht nicht beachtet hat, ein Schaden wohl schon durch die - von der Klägerin für sie erledigte - Scheckzahlung an die Beklagte zu 2, spätestens durch die Weitergabe des Schecks durch die Beklagte zu 2 an die PEVEG entstanden. Zur Frage der Vorteilsausgleichung kann auf die Ausführungen zum Schadensersatzanspruch nach den §§ 681 Satz 1, 667 Alt. 1, 280 Abs. 1 BGB a.F. verwiesen werden.

5. Die - endgültige - Abweisung der Klage gegen die Beklagte zu 1 hält der rechtlichen Prüfung ebenfalls nicht stand.

a) Die Beklagte zu 1 trifft allerdings nicht, wie die Revision meint, eine Haftung als Vertreter ohne Vertretungsmacht (§ 179 Abs. 1 BGB).

Die Beklagte zu 1 hat die Beklagte zu 2 beim Abschluß des zweiten Nachtrages wirksam vertreten (§ 27 Abs. 1 Satz 2 DDR-KomVerf; vgl. ferner Senatsurteil vom 17. April 1997 - III ZR 98/96 - WM 1997, 2410, 2411 f). Es besteht insbesondere kein Anhalt, daß die Vertretungsmacht nicht gegeben gewesen wäre, weil kommunalrechtliche "Formvorschriften" mißachtet worden wären (vgl. Senatsurteil BGHZ 147, 381, 383 f). Das Erfordernis der Genehmi-

gung durch die Kommunalaufsicht (§ 45 Abs. 2 DDR-KomVerf) führt nicht zu einer Einschränkung der Vertretungsbefugnis des Bürgermeisters. Anders als bei einem Vertretungsmangel kann das Fehlen einer Genehmigung nach § 45 Abs. 2 DDR-KomVerf nicht durch die Genehmigung der von dem Bürgermeister vertretenen Gemeinde geheilt werden. Soweit bestimmte Rechtsgeschäfte der Gemeinde - wie hier der zweite Nachtrag - der kommunalaufsichtlichen Genehmigung bedürfen - und bis zu deren Erteilung (schwebend) unwirksam sind -, ist vielmehr eine Beschränkung der Rechtsmacht der Gemeinde, sich selbständig rechtsgeschäftlich verpflichten zu können, anzunehmen. Diesbezüglich ist weder die unmittelbare noch die entsprechende Anwendung des Vertretungsrechts (§§ 177 ff BGB) eröffnet.

b) Indes ist eine Haftung der Beklagten zu 1 wegen Amtspflichtverletzung (§ 839 BGB) beim derzeitigen Sachstand nicht auszuschließen.

Die Beklagte zu 1 war als - haupt- oder ehrenamtliche - Bürgermeisterin Beamtin im staatsrechtlichen Sinne. Sie handelte beim Abschluß des zweiten Nachtrages und bei den folgenden Abreden mit der Beklagten zu 2 mit der VVG und der Klägerin im fiskalischen Bereich, so daß eine Haftungsübernahme nach Art. 34 Satz 1 GG ausscheidet.

aa) Die Beklagte zu 1 verletzte eine ihr gegenüber der VVG obliegende Amtspflicht. Sie war nicht nur im Interesse der Allgemeinheit, sondern auch in dem der Vertragspartner der Gemeinde verpflichtet, sich zu vergewissern, welche Verträge zu ihrer Wirksamkeit die Genehmigung der Aufsichtsbehörde - und eine entsprechende Unterrichtung der Gegenseite - erforderten. Hiergegen verstieß die Beklagte zu 1, indem sie den zweiten Nachtrag ohne Hinweis

auf dessen Genehmigungspflichtigkeit unterzeichnete und auf diese Weise bei der VVG den - auch später nicht ausgeräumten - Eindruck erweckte, der Vertrag sei damit wirksam geschlossen.

Amtspflichtwidrig war es ferner, daß die Beklagte zu 1 den der Beklagten zu 2 überlassenen Scheck - entgegen ihrer eigenen Zusage - an die PEVEG weiterreichte, ohne daß die Klägerin oder deren Anwälte die Freigabe erklärt hatten. Auf die Wirksamkeit des zweiten Nachtrages und der hierzu in den Schreiben vom 25. und 30. November 1993 getroffenen Abreden kommt es insoweit nicht an.

bb) Bei Anwendung des objektivierten Sorgfaltsmaßstabs, der im Rahmen des § 839 Abs. 1 BGB gilt und nach dem es für die Beurteilung des Verschuldens auf die Kenntnisse und Fähigkeiten ankommt, die für die Führung des übernommenen Amtes im Durchschnitt erforderlich sind (vgl. Senat aaO S. 392), kann ein Verschulden der Beklagten zu 1 nach dem im Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Sachverhalt nicht verneint werden. Als Bürgermeisterin hatte sie sich bei Amtsantritt über die kommunalrechtlichen Vorschriften zu unterrichten; sie hätte beim Abschluß des zweiten Nachtrages die kommunalaufsichtlichen Genehmigungserfordernisse im Blick haben und in geeigneter Weise verhindern müssen, daß die VVG auf die (sofortige) Wirksamkeit des Vertrages vertraute.

Daß der Scheck nicht an die PEVEG weitergegeben werden durfte, solange die Klägerin oder deren Anwälte nicht eingewilligt hatten, war für die Beklagte zu 1 ohne weiteres erkennbar.

cc) Nach dem für die rechtliche Prüfung maßgeblichen Sachverhalt ist davon auszugehen, daß die Amtspflichtverletzung der Beklagten zu 1 zu einem Schaden der VVG führte. Insoweit ist auf die Ausführungen zum - auf die Klägerin übergegangenen - Schadensersatzanspruch der VVG gegen die Beklagte zu 2 zu verweisen.

Dem Schadensersatzanspruch wegen Amtspflichtverletzung könnte allerdings das Verweisungsprivileg des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB entgegenstehen. Denn auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts kann lediglich fahrlässiges Verschulden der Beklagten zu 1 angenommen werden.

Ob der VVG Ansprüche gegen die Beklagte zu 2 zustehen, die eine anderweitige Ersatzmöglichkeit bieten und damit eine Inanspruchnahme der Beklagten zu 1 ausschließen, wird im weiteren Verfahren zu entscheiden sein.

Wurm

Schlick

Kapsa

Dörr

Galke